

A legitimação pelo direito? Os desafios do governo da família num contexto muçulmano

Uma comparação Senegal-Marrocos¹

Marième N'Diaye

Resumo: A reforma do direito da família no Senegal e em Marrocos revelou-se extremamente sensível, pois implicava que o Estado atuasse no setor privado, tradicionalmente governado por ordens normativas (religiosas e/ou habituais) concorrentes. Este estudo comparativo analisa as formas como esses Estados redefiniram a norma familiar e o efeito dessas reformas na ordem social, a fim de determinar sua capacidade de afirmar seu monopólio sobre a produção legal. Embora dependendo de diferentes fontes de legitimidade, os dois estados optaram pela mesma redefinição da norma islâmica, de acordo com o projeto modernista que levavam. O estudo da aplicação da lei, no entanto, revela o conservadorismo da instituição judicial e a atitude de evasão dos litigantes, sinais de resistência dessas sociedades. Se o Estado se impõe em seu papel de árbitro do debate e produtor da lei, a norma que promove não altera a ordem social existente e convida a relativizar a ruptura feita por essas reformas que traduzem finalmente uma vontade de lidar com o pluralismo normativo existente.

Plano do artigo

1. As legislações familiares, exemplo da redefinição da religião pela lei estatal

A lei muçulmana, nem a mesma coisa, nem outra bem diferente

Além da lei: a vontade de redefinir o lugar da norma religiosa na sociedade

2. As mudanças na margem: na prática, a norma religiosa continua a ser a referência central

A atitude dos juízes: a lei é islamizada mais do que o islamismo é modernizado

A lei islâmica, referência central, até mesmo exclusiva, das populações

Sobre a autora

Marième N'Diaye

Pesquisadora do CNRS (ISP), doutora em Ciência Política no IEP Bordeaux, realiza seu pós-doutorado na CÉRIUM e é professora da Universidade de Montreal. Sua pesquisa centra-se na relação entre gênero e direito na África, a partir de uma perspectiva transversal da Sociologia do Direito e da Sociologia da Ação Pública. Ela publicou, "Interpretando a falta de respeito pelo direito da família no Senegal. A legitimidade e as capacidades do Estado em questão", in: *Droit et Société* (91 (3), 2015, p. 607-622) e "O desenvolvimento de uma mobilização jurídica na luta pela causa da mulher: o exemplo da Associação dos Juristas do Senegal (AJS)", in: *Politique africaine* (124 (4), 2011, pp. 155-177).

marieme.claire.ndiaye@umontreal.ca

¹ Tradução livre de Ana Vanali. Texto original «La légitimation par le droit ? Les défis du gouvernement de la famille en contexte musulman. Une comparaison Sénégal/Maroc», *Critique internationale*, vol. 73, Nº 4, 2016, p. 111-131. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-critique-internationale-2016-4-page-111.htm>. Acesso 25.outubro.2017. Autorização para a publicação da tradução cedido por Catherine Burucoa, responsável da Revista Critique Internationale (Sciences Po, Centre de Recherches Internationales) no dia 15 de novembro de 2017.

A legitimação pelo direito? Os desafios do governo da família num contexto muçulmano

Uma comparação Senegal-Marrocos

Marième N'Diaye

Na era colonial, a França favoreceu o pluralismo como forma de regular as relações familiares nos territórios sob o seu domínio, incluindo Senegal e Marrocos². Depois de obter a sua independência, esses dois países escolheram a codificação e estabeleceram o direito de família única³, sob o controle exclusivo do Estado. Essas vontades dos jovens Estados independentes afirmarem seu controle sobre a produção jurídica é realçada a medida em que a regra da lei constitui uma característica fundamental do poder⁴ e permite compreender a luta do Estado e das ordens normativas concorrentes para definir o padrão legítimo. As políticas do direito da família tiveram assim um efeito real sobre o significado atribuído à noção de lei islâmica. Na verdade, em ambos os países, a norma islâmica era até então a referência central na resolução de litígios familiares. O primeiro código da família marroquina (1957) se inscreve na continuidade, referindo-se exclusivamente ao acordo com a lei muçulmana, o Novo Código da Família (NCF) (2004) mais próximo do Código da Família do Senegal (CF) (1973), foi que introduziu as reformas substanciais relativas ao estatuto das mulheres. É verdade, o padrão religioso continua a ser uma fonte central do NCF enquanto ele é marginalizado no código senegalês. No entanto, em ambos os casos, a lei islâmica é tal que o Estado a define. Em outras palavras, é o Estado que estabelece o conteúdo do padrão religioso e que decide o lugar a lhe concedido na regulação dos assuntos familiares. Comparando Senegal e Marrocos, não pretendemos estabelecer uma semelhança dos dois casos. A organização política dessas

² RODET, Marie. "Gênero, costumes e direito colonial no Sudão francês (1918-1939)". In: Cahiers d'études africaines, 187/188, 2007, p. 583-602.

ROUSSILLON, Alain e ZAHRA-ZRYOUIL, Fatima. *Ser mulher no Egito, Marrocos e na Jordânia*. Paris: Éditions Aux Lieux d'être, 2006.

³ Para o Marrocos, tratamos da maioria dos componentes muçulmanos da população. A minoria judaica permanece sujeita ao código hebraico.

⁴ SPELLENBERG, Ulrich. "Desenvolvendo pela legislação? In: DARBON, Dominique e GAUDUSSON, Jean Du Bois de (orgs). A criação da lei na África. Paris: Karthala, 1997, p. 87-99.

sociedades muçulmanas oferece dois modelos opostos: em Marrocos, a monarquia alauita⁵, que deriva sua legitimidade da filiação com o profeta Maomé; e no Senegal, uma república laica. O interesse nesta comparação entre casos contrastados⁶ é ver como essas diferenças podem esclarecer sobre como cada Estado tentou redefinir a norma islâmica na sua lei e na sociedade. O desafio está na capacidade do Estado em produzir uma nova ordem familiar e fazer com que ela seja aceita pela sociedade. Para nós, a questão é se esse processo de codificação, sinal da vontade do Estado de se conceder o monopólio exclusivo da produção levou a uma redefinição da norma legítima em assuntos familiares. Embora os movimentos sociais tenham desempenhado um papel importante nos debates das reformas do direito familiar⁷, é uma abordagem do topo que nós privilegiamos aqui, o objetivo é analisar o processo de institucionalização do Estado através da produção jurídica⁸. Longe de invalidar essa abordagem, pelo contrário, os problemas da eficácia da lei estatal permitem questionar a capacidade do Estado para lidar com a realidade do pluralismo normativo e poder estabelecer sua autoridade.

Em primeiro lugar, veremos que é pela adaptação da regra islâmica nos textos que o Estado procurou (re) assumir o controle da definição da norma familiar legítima. No Senegal é o costume uolofe⁹ islamizado, em outras palavras, a lei muçulmana senegalesa, tal como definida pelo legislador, que é reconhecida como uma das fontes do direito. No Marrocos, o NCF se refere ao Islã oficial tal como definido pelo rei Mohamed VI, isto é, ao islamismo moderno, com base no princípio de *ijtihad*¹⁰. Ao redefinir o significado legal da norma islâmica, o Estado procura, de fato, marginalizá-lo (Senegal), ou pelo menos o

⁵ Nota da tradutora: A dinastia alauita governa o Marrocos. Não deve ser confundida com os alevitas, minoria religiosa da Turquia e nem com os alautias, grupo étnico-religioso do Médio Oriente, presente sobretudo na Síria.

⁶ DOGAN, Mattei e PELASSY, Dominique. **Sociologia Comparada: problemas e perspectivas**. Paris: Economia, 1982. Este método possibilita a comparação de casos com mais diferenças do que as semelhanças para analisar um processo comum - aqui a institucionalização do Estado - em suas várias formas.

⁷ BROSSIER, Marie. **Debates sobre a reforma do código da família no Senegal: a redefinição do secularismo como participação no processo de democratização**. Dissertação da DEA, Paris I, 2004.

VAIREL, Frédéric. **Área protestante e autoritarismo. Novos contextos de teste da noção de "fluidez política": a análise de situações de inclinação no caso de Marrocos**. Tese de doutorado, IEP Aix-en-Provence, 2005.

⁸ Nos inscrevemos na linha de trabalhos sobre a análise estatal em ação no sul. Veja, por exemplo EBOKO, Fred. **"Para uma matriz de ação pública na África? Abordagem transetorial à ação pública na África contemporânea"**. In: Research Questions, CERI, 45, fevereiro de 2015.

CATUSSE, Myriam e VAIREL, Frédéric (orgs). **"Marrocos de Mohammed VI: mobilizações e ação pública"**. In: Dossie, Politique africaine, 120, 2010.

⁹ Nota da tradutora: Uolofes ou uólofes (*Wolofs*), são um grupo étnico localizado no Senegal, Gâmbia, Mauritânia e República Dominicana. É um povo Islamizado do Senegal e da Gâmbia cujos grupos mais tradicionais vivem numa sociedade de classes estratificadas, com realeza, aristocracia, militares, plebeus, escravos e artesãos. No Senegal, representam a etnia majoritária e 45% da população considera-se integrante da mesma. O grupo possui uma língua própria que no Senegal é falada por 80% da população.

¹⁰ *Ijtihad* refere-se a uma "interpretação da religião do motivo que conduz a contextualização e modernização da sharia". BAUBEROT, Jean. **Secularidade no mundo**. Paris: PUF, 2005, p. 11.

fazer coexistir com a referência universalista¹¹ (Marrocos). No entanto, o padrão familiar definido pelo Estado enfrenta problemas reais de aplicação, o que nos convida a colocar em perspectiva as convulsões feitas no direito. Além do fato de que os juízes são muito flexíveis na interpretação da regra oficial, a norma estatal ainda é pouco mobilizada, e de modo algum, pelas populações. Portanto, se reforça o papel central do Estado na produção do direito, as reformas feitas não prejudicam sua capacidade de impor uma nova ordem social.

As legislações familiares, exemplo da redefinição da religião pela lei estatal

Ao optar pela codificação, os Estados senegaleses e marroquinos especificaram o conteúdo que eles atribuem à norma islâmica, mas também o seu lugar dentro da hierarquia dos padrões. Além da gestão das relações dentro da família, as escolhas feitas simbolizam mais amplamente o projeto de sociedade que o Estado pretende levar e o lugar que o Islã deveria ocupar.

A lei muçulmana, nem a mesma coisa, nem outra bem diferente

A noção de lei islâmica é complexa de entender, uma vez que se trata de "lidar com uma categoria histórica que, de certo modo, se naturalizou"¹². De fato, o fenômeno da normatividade nas sociedades islâmicas existia antes da ciência orientalista, e foi essa última que criou a lei islâmica enquanto categoria imutável e atemporal. Logo essa visão da lei islâmica reflete a concepção que as autoridades coloniais tinham da justiça no mundo islâmico e ajuda a congelá-la e reduzir sua complexidade. Neste termo são abrangidas e confundidas as noções de Sharia e Fiqh, que são duas fontes distintas de lei: Sharia refere-se à revelação e tem um caráter sagrado, enquanto a Fiqh, remete as obras dos juristas muçulmanos clássicos, corresponde à jurisprudência islâmica e, portanto, tem um caráter incerto e evolutivo¹³. Esta confusão levou à extensão do significado do termo Sharia, o fazendo passar pelo sagrado o que inicialmente eram apenas opiniões doutrinárias ou costumes. O caráter jurídico do Islã foi sobrevalorizado e a dinâmica da normatividade islâmica foi negada. Esta essencialidade da lei islâmica é sentida tanto mais no direito da família quanto em vários padrões que são diretamente saídos do Alcorão e, portanto, são intocáveis para

¹¹ Referimo-nos ao padrão de referência da ONU para a igualdade de gênero.

¹² DUPRET, Baudouin e BUSKENS, Léon. "Da invenção da lei muçulmana à prática jurídica contemporânea". In: DUPRET, B. (org). Sharia hoje. Usos da referência à lei islâmica. Paris: La Découverte, 2012, p. 9.

¹³ BLEUCHOT, Hervé. **Lei Muçulmana**. Volume 1. História. Aix-en-Provence: University Press de Aix-Marseille, 2000, p. 21.

muitos crentes¹⁴. No entanto, não existe uma família única no islã sunita, cujo conteúdo pode variar de acordo com as quatro escolas jurídicas reconhecidas (Hanafismo, Hanbalismo, Chafeismo, Maliquismo). É no seio dessas escolas, que as normas variam de acordo com o contexto. O ritual maliquista dá origem a diferentes interpretações no Senegal e no Marrocos.

É por isso que escolhemos abordar a noção de lei islâmica a partir de uma abordagem praxiológica que consiste em não separar as regras das condutas práticas¹⁵. Em qualquer sistema normativo, pode-se constatar que a autoridade e o significado da regra são baseados em práticas e não constituem propriedades inerentes a norma. Então não estamos interessados no que é a lei islâmica, mas no que fazem as pessoas quando quando elas se referem a qualquer coisa que chamam de lei islâmica, em outras palavras "aos jogos de linguagem da normatividade islâmica e, especialmente, sua forma jurídica positivista"¹⁶.

A lei muçulmana "senegalesa"

No CF (código da família) de 1972, a lei islâmica é concebida como uma simples referência ao islã em um ambiente legal secular. Seu conteúdo foi definido a partir de práticas e não de um modelo suposto, uma vez que o termo se refere ao costume uolofe islamizado, definido pelo legislador como uma adaptação do Maliquismo Fiqh para os costumes do grupo étnico majoritário. Depois de ter identificado os 69 costumes, o legislador considerou que o islamismo era o menor denominador com base no qual foi possível elaborar a legislação familiar aplicável a todos os senegaleses¹⁷. É por isso que o Ministro da Justiça teve que precisar que, "na prática, o que é chamado de lei muçulmana é uma amalgamação da lei alcorânica e do direito consuetudinário"¹⁸.

No que diz respeito ao casamento, o CF permaneceu fiel às prescrições do Maliquismo instituindo o regime da poligamia como de direito comum (artigo 116). O código também permite aqueles que desejam

¹⁴ CHARRAD, Mounira. **Estado e direitos das mulheres: a criação da Tunísia pós-colonial, Argélia e Marrocos**. Berkeley: University of California Press, 2001.

¹⁵ DUPRET, B. "A autoridade da referência. Usos islâmicos da sharia no contexto judicial egípcio". In: Arquivos das Ciências Sociais das Religiões, 125, 2004, p. 189-210.

¹⁶ DUPRET, B. e BUSKENS, L. "Da Invenção da lei muçulmana à prática jurídica contemporânea". op.cit., p. 16.

¹⁷ O direito consuetudinário e a lei muçulmana da era colonial ajudaram a preservar o caráter plural desses padrões. Ao codificá-los, o colonizador destruiu sua materialidade, matando o processo de produção da lei popular. HOBBSAWM, Eric e RANGER, Terence. **A invenção da tradição**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

¹⁸ DIOP, Abdou Rahmane. **Relatório sobre a introdução do Código da Família**. Dakar: Ministério da Educação e da Justiça senegalesa, 1972, p. 324. O amálgama dificulta a distinção entre o que é, por um lado, a tradição árabe-islâmica, e por outro lado, os costumes negros-africanos. Fontes disponíveis indicam no entanto que as relações dentro do casal eram mais igualitárias em alguns grupos étnicos antes da islamização. CAMARA, Fatou Kiné. "Para um método científico de pesquisa, identificação e interpretação da lei habitual negro-africana". In: Revue de l'association sénégalaise de droit penal, 9, 2010, p. 107-139.

celebrar seu casamento de acordo com sua religião ou costume (artigo 146). É o casamento não celebrado e nem constatado, mas não oposto ao Estado, especialmente para reivindicar os benefícios familiares.

O costume uolofe islâmico confia a direção da família ao pai que é o chefe (artigo 152) e que exerce o poder paterno (artigo 277). Encontramos a filosofia do rito maliquista que "introduz a noção de chefe da família em seu significado absoluto"¹⁹. Assim, embora o Maliquismo Fiqh conceda à mulher a capacidade de administrar seus ativos de forma autônoma, na prática, elas são muitas vezes colocadas ou submetidas ao controle do marido.

Ao nível da propriedade, os muçulmanos senegaleses também têm a possibilidade de estar em conformidade com as prescrições do rito maliquista que prevê que a mulher recebe metade da parte do homem. Esta é uma exceção ao direito comum que postula a igualdade diante da herança. Para operar a conciliação impossível entre o respeito devido as propriedades da lei muçulmana estabelecida de maneira imperativamente pelo Alcorão e aquela dos princípios constitucionais de laicidade e de igualdade diante da lei, o legislador optou pela referência à escolha e a responsabilidade pessoal de cada um.

Colocando essas disposições de lado, o CF continua bastante inspirado pela lei francesa e aboliu certos direitos, embora autorizado pelo rito maliquista, julgados contrários à dinâmica da modernização²⁰.

Assim, o código permite que a mulher se case com o homem de sua escolha, seja qual for ou sua religião. O código também revoga o repúdio em nome do respeito devido a mulher. A redefinição da filiação foi outra agitação: não é mais abordado triologicamente, mas bipartidamente, de um lado a filiação de origem e de outro a filiação adotiva, que faz a distinção entre filiação legítima e filiação natural pouco perceptiva. Segundo o ministro da Justiça, esta disposição visava "a proteção moral e material da criança natural que o legislador [queria] 'desculpabilizar'"²¹. Trata-se de adaptar o direito às realidades da sociedade, mesmo que fossem consideradas como os sinais de uma "evolução bastante preocupante dos hábitos"²². O legislador escolheu passar algumas proibições religiosas para fazer prevalecer o interesse da criança natural, o que é indicativo da especificidade da lei muçulmana senegalesa: se o filho natural no Senegal não tem os mesmos direitos que um filho natural na lei francesa, ele goza de mais proteções do que a criança natural no Maliquismo Fiqh. O artigo 534 do CF prevê que o homem casado possa reconhecer seu filho natural sob reserva de acordo de sua ou suas esposas. Em caso de recusa, ele ainda pode reconhecê-lo, mas a criança herdará apenas metade do que herda um filho legítimo. Finalmente, o CF autoriza o sistema de adoção plena ou limitada.

¹⁹ Entrevista com Abdul Aziz Kébé, islamista, professor de árabe na Universidade Cheikh Anta Diop, Dakar, 2009.

²⁰ CISSE, Abdoullah. "Insights sobre o projeto do Código de Status Pessoal Islâmico. Contribuição para o debate sobre o futuro da família senegalesa". In: Revue de droit Senegalese, 4, 2005, p. 9-15.

²¹ DIOP, A. R. Relatório introdutório sobre o Código da Família, op. cit., p. 26.

²² Ibid.

O costume uolofe islamizado corresponde a uma versão profundamente retrabalhada da norma islâmica tal como ela era aplicada nos tribunais de justiça local no momento da colonização. Ela deveria permitir ao presidente Senghor promover o seu projeto de modernização sem quebrar totalmente com o sistema jurídico que prevalecia até então.

Ijtihad no coração da reforma do código da família marroquina

Em Marrocos, o relatório do legislador da lei muçulmana é mais limitado uma vez que é o islamismo e não o secularismo que constitui o registro central de legitimação do poder político. O NCF de 2004, no entanto, introduziu reformas importantes. O obstáculo religioso tem sido parcialmente vencido visto ao acordo que permitiu focar nos propósitos da lei e, portanto, na possibilidade de mudá-la²³. Novas disposições - não diretamente das regras islâmicas, mas julgadas compatíveis com elas - foram integradas, garantindo uma espécie de patente do islamismo no código. No entanto, o fato de que o rito maliquista foi definido como uma fonte suplementar (artigo 400) simboliza o fim de sua exclusividade sobre a norma familiar.

Esta ruptura com a legislação de 1957 somente foi possível porque o rei Mohammed VI, confiando em seu status como Comandante dos crentes, impôs uma leitura do Islã baseada no ijtihad. De acordo com a constituição, este estatuto faz do rei uma pessoa sagrada e inviolável²⁴, no direito de definir o religioso. E assim, desde o início de seu reinado, Mohammed VI insistiu em sua vontade de reformas baseadas em um islamismo oficial aberto, moderno e tolerante: "Desejamos que o Marrocos, sob nossa regra, avance no caminho do desenvolvimento e da modernidade (...) preservando sua identidade e especificidade, sem se fechar sobre si mesmo, no quadro de uma autenticidade reconfirmada e uma modernidade que não nega os nossos valores sagrados»²⁵. O Comandante dos crentes também fez valer seu papel de árbitro, que não está dentro, mas acima do debate da sociedade o que lhe confere um caráter intocável²⁶. Ele definiu assim os pontos do código que pertenciam as disposições religiosas (em que ele era o único capaz de intervir) e aqueles na qual ele procurou a opinião dos parlamentares. E é com base nessa dualidade que ele introduziu as reformas mais controversas.

O NCF retomou as ideias do salafismo reformista desenvolvido por Allal al-Fassi e que não haviam sido incluídas no Código de 1957. Preconizando uma abordagem que leva em conta a historicidade das leis

²³ BOULAABI, Abderraouf. **Islamismo e poder. Os propósitos da Sharia e a legitimidade do poder**. Paris: O Harmattan, 2005.

²⁴ Art. 19 da antiga Constituição - Art. 46 da Constituição de 2011.

²⁵ Mohammed VI, Discurso do Trono, Rabat, 30 de julho de 1999.

²⁶ BRAS, Jean-Philippe. **"A reforma do código da família no Marrocos e Argélia: que progresso para a democracia?"** In: Critique internationale, 37, 2007, p. 93-125.

e dos imperativos sociais e morais, o presidente da Istiqlal havia proposto a proibição da poligamia, a regulamentação do divórcio ou ainda a anulação da tutela matrimonial para a menina adulta²⁷. Se isso permitiu desacralizar o código da família, a primeira reforma de 1993 manteve-se bem abaixo visto as instituições de repúdio e da poligamia terem sido mantidas e a idade mínima para o casamento de uma menina não ter sido aumentada. O NCF de 2004, por outro lado, foi mais longe na promoção da igualdade de gênero. Entre os pontos fundamentais da reforma, pode-se enfatizar que o homem e a mulher estão sujeitos ao mesmo regime em relação à idade legal do casamento (artigo 19). O papel de chefe de família instituído ao homem também é questionado, os cônjuges devem se consultar para tomar decisões sobre o lar que eles co-dirigem (artigos 4 e 51). Sem ser imposta, a monogamia é o enquadramento a partir do qual o casamento é concebido uma vez que a poligamia está sujeita a condições drásticas (artigos 40 a 46) que a tornam teoricamente excepcional²⁸. O repúdio e a poligamia já não fazem parte de uma decisão unilateral do marido e estão necessariamente sujeitos ao controle do juiz. A igualdade no lar também é reconhecida através da noção de patrimônio conjugal que permite estabelecer um contrato sobre os bens adquiridos durante o casamento e nos quais a contribuição da mulher poderá ser reconhecida (artigo 49). Finalmente, são concedidos novos direitos às mulheres, incluindo a possibilidade de divórcio com mais facilidade²⁹ ou para manter a custódia das crianças em caso de novo casamento.

No entanto, a proibição do casamento de uma mulher com um não-muçulmano é mantida e a lei de sucessão não é substancialmente alterada. A única reforma nesta área diz respeito ao direito dos netos de herdarem de seu avô materno (artigo 369 e seguintes).

Apesar da persistência de certas formas de discriminação contra as mulheres, o NCF introduziu mudanças legais substanciais. Redefinir o direito muçulmano permitiu ao Estado propor uma nova legislação familiar e, através dela, um novo projeto de sociedade.

Além da lei: a vontade de redefinir o lugar da norma religiosa na sociedade

Senegal: a modernidade triunfante relega ao Islã o grau de costume

A reforma do direito da família ainda é justificada com referência a um projeto político de modernização e desenvolvimento. No Senegal, esta reforma levou à marginalização da norma islâmica. A lei

²⁷ NACIRI, Rabea. "O Mudawana e sua reforma: o papel do Estado". Prologues, edição especial, 3, 2002, p. 39-53.

²⁸ A poligamia é proibida se o contrato de casamento com a primeira esposa prevê uma cláusula em que o marido compromete-se a não concluir um segundo casamento ou se deve ter medo de uma injustiça entre as esposas. A autorização é dada apenas em circunstâncias excepcionais e leva em consideração os recursos materiais do marido. Os procedimentos são fortalecidos para garantir que a primeira esposa seja informada e consentida.

²⁹ O NCF introduz formas de divórcio por consentimento mútuo e divórcio *chicago* (discórdia) aos quais os homens e as mulheres podem recorrer de maneira igual.

francesa permaneceu como referência central subordinando as referências habituais e religiosas. Ao integrar a lei muçulmana sob o rótulo de costume uolofe islamizado, o legislador procedeu a uma desqualificação das regras religiosas o que lhe permitiu legitimar a subsidiariedade do costume sobre regras de direito escritas. Não houve concorrência frontal entre a lei ocidental e lei muçulmana que se referem as "duas ideologias jurídicas totais com pretensões universalistas, tendo então uma e outra a vocação de salvação de sociedade"³⁰. É por isso que o pluralismo reivindicado pelo Estado para legitimar seu direito permanece na realidade um pluralismo hegemônico, "um pluralismo real, mas não igualitário, porque não coloca o mesmo equilíbrio nas regras que compõem o sistema"³¹. A marginalização da norma islâmica aparece claramente em matéria de sucessão e casamento, as únicas áreas onde pode ser aplicada. As sucessões sob a lei islâmica constituem a exceção ao direito comum. De acordo com o ex-ministro da Justiça, Master Doudou N'Doye, não faz sentido falar sobre o pluralismo jurídico: "Há a mesma lei de sucessão com dois ramos (...) O núcleo comum é aplicado a todos. Somente se o indivíduo especifica que ele é muçulmano é que pode ser aplicado o direito muçulmano, derivado do código familiar"³². Além disso, a monogamia é uma opção irrevogável, enquanto o inverso é possível, passar da poligamia à monogamia, um sinal do desejo do legislador de promover um modelo jurídico familiar inspirado no código civil francês.

A ruptura operada com a norma islâmica pode parecer à priori impossível numa sociedade muçulmana em que as confrarias sempre jogaram um papel importante³³. No entanto, ao sair da independência, a onipotência do referencial da modernidade permitiu que as elites políticas validassem uma reforma que se justificava no nível histórico. Na verdade, quando consideramos a implantação do islamismo no Senegal, pode-se ver que ele penetrou profundamente nos costumes e estilos de vida, e nunca permeou as estruturas políticas, incluindo no período pré-colonial³⁴. Os tribunais muçulmanos³⁵ constituíram uma invenção do colonizador francês. Após a independência, o legislador poderia, portanto, considerar uma reforma fundamental - a legislação familiar, que consistiu em manter um pluralismo da legislação *soft*, inteiramente sob o controle do Estado³⁶, e para reprimir o pluralismo de jurisdição.

³⁰ COULON, Christian. "Sharia em todos os seus estados. Lei Muçulmana versus Direito Estadual no Quênia e Senegal". Congresso Nacional da AFSP, Bordéus, 1988.

³¹ Entrevista com Abdoullah Cissé, reitor da Universidade de Bambey, Dakar, 2009.

³² Entrevista com Doudou N'Doye, Dakar, 2007.

³³ COULON, C. **O marabuto e o príncipe**. Paris: Pedone, 1981.

³⁴ DIOUF, Mamadou. **História do Senegal. O modelo islâmico-uolofe e suas periferias**. Paris: Maisonneuve & Larose, 2001.

³⁵ O primeiro tribunal muçulmano foi criado em Saint Louis em 1857.

³⁶ O pluralismo suave (*soft*) refere-se a uma pluralidade de soluções que se aplicam a uma situação idêntica no interior de uma ordem legal que é quase sempre o Estado. BELLEY, Jean-Guy. "Pluralismo jurídico como a doutrina da ciência do direito". In: ROTH, Robert et al. (org). **Para um direito plural. Estudos oferecidos ao professor Jean-François Perrin**. Basel: Helbing & Lichtenham, 2002, p. 135-165.

A ideologia da modernidade serviu de apoio à legitimação da reforma. A marginalização da lei islâmica não deve ser percebida como uma agressão à tradição, mas como uma necessidade, como parte do desenvolvimento da nação senegalesa. Em seu relatório de apresentação do projeto de lei, o Ministro da Justiça insistiu que a implementação de uma única lei familiar "ultrapassaria o estágio atual do direito consuetudinário, introduzindo uma lei escrita orientada na direção da evolução social"³⁷. Este discurso refletiu a visão política do presidente Senghor, amplamente compartilhada pela elite francófona e secular que compunha na época a grande maioria do partido único. A reforma foi, portanto, o resultado de um processo de ação pública controlada por uma rede fechada, compartilhando as mesmas crenças de responsabilidade pela modernização de sua sociedade em uma ideologia de progresso indiscutível.

As apostas da lei excederam assim a questão da gestão dos relatórios familiares e se referia mais amplamente ao tipo de sociedade que as autoridades políticas compreendiam fazer com que isso acontecesse. Para isso, o direito da família deveria necessariamente participar da empresa centralizadora e hegemônica do Estado produzindo um novo quadro de fidelidade, aquele do cidadão em relação ao país.

Desse ponto de vista, o código deveria permitir que o Estado estabelecesse sua autoridade e para justificar a extensão do seu poder, particularmente em relação às confrarias. No domínio da construção e modernização nacionais do país, as novas elites governantes estavam implementando novas fontes de legitimação para justificar sua estratégia de interrupção das relações de poder no campo político. Ao unificar e laicizar o direito - a norma islâmica seria relegada ao status de exceção - o Estado tornou-se a fonte exclusiva, em nome da superioridade da lei moderna. A questão da sua eficácia passou para o segundo lugar, sendo o desafio em primeiro lugar do Estado de afirmar seu monopólio na produção jurídica.

Marrocos: modernizar o islamismo ao invés de islamizar a modernidade

Embora ainda central no discurso do rei, a norma islâmica verdadeiramente evoluiu no NCF, tanto do ponto de vista do seu conteúdo quanto do seu posicionamento na hierarquia de padrões. A posição do Estado marroquino em relação à definição e ao papel da lei islâmica, é assim revelado muito mais ambíguo e consiste em jogar, de acordo com as circunstâncias, a normatividade ideológica e cultural ou a normatividade legal do islamismo.

A legitimidade da monarquia baseia-se na sua sacralidade. O rei está à frente do Comando dos crentes, instituição central na ordem política marroquina, mas que reenvia uma normatividade à ordem antes de tudo ideológica e cultural. A lei muçulmana não faz o sistema como tal, já que o código da família

³⁷ DIOP, A. R. *Relatório sobre a introdução do projeto de lei sobre o código da família*. op. cit., p. 1.

é o único domínio onde ele opera, mesmo estando incluído no sistema legal positivo³⁸. A normatividade jurídica é então muito menor do que ela parece e a islâmica desempenha antes de tudo um papel simbólico, que implica fazer parte das coisas entre o que revela o Estado normativo e o que toca o Estado real³⁹.

Desde 1957, a codificação do direito da família, no Senegal, marcou a disposição do Estado para estender e fortalecer sua autoridade sobre a sociedade. Certamente, o primeiro código não questionou a centralidade da lei islâmica, erguida pelo contrário, como símbolo de uma identidade marroquina a restaurar⁴⁰, mas a criação de um código de status pessoal revelava bem as autoridades estatais e não emanava nenhuma vontade externa, prova de que passamos de uma normatividade islâmica à normativa positiva⁴¹. E, de fato, o processo de codificação marcou a saída do sistema descentralizado de Fiqh e permitiu ao Estado afirmar "o seu monopólio do exercício do poder e da lei, e seu controle sobre a sociedade e a esfera privada"⁴².

É com o NCF (2004) que a empresa estatal de monopolização do direito baseou-se no discurso da modernização. As reformas introduzidas foram justificadas pela necessidade de ver a lei acompanhar os desenvolvimentos sociais dentro de um processo de democratização mais amplo. O discurso do rei durante a abertura da 2ª Sessão Anual do Parlamento em 2003 foi esclarecedor sobre este ponto, já que ele declarou seu desejo de "adotar uma formulação moderna, em vez de conceitos que minam a dignidade e o humanismo da mulher". O NCF deveria simbolizar a compatibilidade entre o islamismo e a modernidade, como refletido nas muitas referências do discurso real para uma religião islâmica "generosa e tolerante", adaptada a todos os lugares e a todos os tempos. A modernidade é desconectada de sua linhagem ocidental e apreendido como um conceito universal que traduz uma "disposição ética" e não um "fato histórico"⁴³.

Resta buscar todas as apostas desta modernização conservadora, o que implica ir além das metas sociais para considerar as questões políticas. Na verdade, não se pode perder de vista que a colocação na agenda da reforma do CF igualmente serviu de pretexto para uma intervenção real motivada pela vontade

³⁸ MOUAQIT, Mohamed. "Marginalidade da Sharia e centralidade do Comando dos Crentes: o caso paradoxal de Marrocos". In: DUPRET, B. (org). A Sharia hoje. Usos da referência na lei islâmica, op. cit. p. 141-151.

³⁹ SAAF, Abdallah. **A esperança do Estado Moderno**. Casablanca : África/East Publishing, 1999.

⁴⁰ RCHID, Moulay. "Os limites da fidelidade à tradição". In: Prologues, hors-série, 2, 2002, p. 53-64.

⁴¹ MAYER, Ann Elizabet. "A lei de status pessoal no norte da África". In: BOURGIA, Rahma; CHARAD, Mounira e GALLAGHER, Nancy (orgs). Mulheres, cultura e sociedade no Magrebe. Volume 2. Casablanca: Africa Publishing /Orient, 2000, p. 33-52.

⁴² BERNARD-MAUGIRON, Nathalie. "O processo de reforma do direito da família e seus limites". In: Confluences méditerranée, 75 (4), 2010, p. 77-89.

⁴³ LAARISSA, Mustapha. "Desafios da modernidade". In: Prologues, 31, 2004, p. 8-9.

de retomar o monopólio do discurso religioso que tendia a lhe escapar⁴⁴. A monarquia foi forçada a intervir em um debate que se tornou radicalizado e por assim dizer construído fora dele desde a proposta do governo de Youssoufi de implementar uma reforma da lei da família no quadro do Panifd⁴⁵ (1998). Após o fracasso do plano, o governo escolheu se remeter ao rei sobre o capítulo sensível da reforma legal do status das mulheres, o que o levou a reconhecer sua autoridade suprema, mas também colocá-la em perigo em um contexto de transição.

No entanto, se a configuração da agenda da reforma foi amplamente limitada, a monarquia sabia como aproveitá-la para ser um meio de reafirmar sua autoridade. A este respeito, os atentados de Casablanca (2003) marcaram um ponto de virada decisivo visto terem dado à monarquia a legitimidade para intervir de forma autoritária na reforma do campo religioso, permitindo, indiretamente, ter total liberdade de ação⁴⁶ na reforma do CF. Esses eventos dramáticos permitiram ao rei reformular os debates afirmando-se como a única autoridade para mobilizar o discurso religioso: "Deve ser feita uma clara separação entre a religião e a política, em relação à sacralidade dos dogmas transmitida pela religião e que, portanto, deve estar livre de qualquer discórdia ou dissensão, daí a necessidade para contrariar qualquer instrumentalização da religião para fins políticos"⁴⁷. Assim tem sido afirmada a exterioridade da política em relação à religião, seja todo o paradoxo de um sistema político do qual o islamismo constitui a principal fonte de legitimidade: é porque o islamismo constitui o coração da nação marroquina que ele não pode ser mobilizado como fonte de clivagem política⁴⁸.

Aqui, vemos mais claramente o duplo propósito da reforma. Por um lado, a redefinição da norma islâmica tornou-a compatível com o projeto de sociedade defendido pela monarquia. Por outro lado, o processo de reforma fortaleceu sua posição em um contexto de transição.

No plano jurídico, é claro que a norma islâmica foi adaptada ao projeto da sociedade através do qual os dois Estados pretendiam estabelecer sua autoridade. A codificação conduziu, portanto, a uma redefinição substancial do significado e do lugar oficialmente reconhecido à norma religiosa na regulação da esfera familiar. Mas quais os efeitos que a reforma teve na prática? A adaptação da norma religiosa foi traduzida nos comportamentos, dando então um sinal tangível da incorporação do direito da família pelas

⁴⁴ TOZY, Mohamed. **Monarquia e islamismo político em Marrocos**. Paris: Presses de Sciences Po, 2009.

⁴⁵ O plano de ação para a integração das mulheres no desenvolvimento incluiu um componente legal no qual a reforma planejada de certas disposições do CF.

⁴⁶ Nota da tradutora: a autora utiliza a expressão "avoir les coudées franches" que significa ter total liberdade de ação. Não se sentir constrangido com o que se quer fazer.

⁴⁷ Discurso do rei Mohamed VI, Rabat, 30 de abril de 2003.

⁴⁸ SENINGUER, Haoues. "Os paradoxos da secularização/laicização do Marrocos. O caso do Partido da Justiça e do desenvolvimento". In: *Confluences Méditerranée*, 78 (3), 2011, p. 49-62.

peessoas? De fato, o fosso crescente entre o direito da família, conforme definido pelo Estado e a norma efetivamente aplicada leva a relativizar as convulsões engendradas pela lei estadual.

As mudanças na margem: na prática, a norma religiosa continua sendo a referência central

No Senegal, como em Marrocos, achamos que a norma religiosa desempenha um papel muito mais importante do que o esperado pelo CF na regulamentação dos assuntos familiares. A nível judicial, a jurisprudência confirma (Senegal) ou desenha (Marrocos) uma orientação conservadora que tende para a islamização da lei e não para a modernização do islamismo. Mais sintomático ainda é a atitude dos litigantes que ignoram ou contornavam o CF, um sinal de rejeição ou, pelo menos, de uma dificuldade em aceitar a redefinição da norma familiar pelo Estado.

A atitude dos juízes: a lei é islamizada mais do que o islamismo é modernizado

Direito oficial e direito oficioso

A orientação da jurisprudência fornece uma entrada útil para avaliar a eficácia da redefinição do direito da família pelo Estado. Na verdade, é o trabalho de "codeterminação" da lei operada pelo juiz que será autoritário⁴⁹, especialmente mais do que o legislador se desencarregou das questões mais sensíveis. Logo, encontramos discrepâncias significativas entre a lei e a jurisprudência, que marcam a retorno da norma islâmica no centro do jogo.

No Senegal, o legislador propôs um sistema de opções que deveriam incentivar as populações para passarem da lei tradicional para a lei moderna, mas apenas a adaptação dos potenciais litigantes para a lei parece ter sido pensada, aquele dos juízes foi certamente considerado como certo. No entanto, parece que, no regulamento das sucessões, os juízes fizeram da norma religiosa a regra e não mais a exceção. Baseiam-se numa extensa interpretação do artigo 571 que prevê que "as disposições deste título se aplicam às propriedades das pessoas que, na sua vida, têm, expressamente ou por seu comportamento, indiscutivelmente manifestado a sua vontade de ver a sua herança transferida de acordo com a regras da lei islâmica". No entanto, a única adesão do *de cujus*⁵⁰ à religião muçulmana não poderia determinar a aplicação das regras da lei islâmica, e ela em princípio, pertence aos herdeiros que desejam que a propriedade seja governada de acordo com a lei muçulmana para provar a vontade do falecido.

O balanço mostra que a tendência da jurisprudência é derrubar o ônus da prova. Os poucos números existentes confirmam isso: em 1998, de 842 julgamentos de herança proferidos pelo Tribunal

⁴⁹ TIMSIT, Gérard. **Os nomes da lei**. Paris: PUF, 1991

⁵⁰ Nota da tradutora: "De cujus" é uma expressão jurídica que se usa no lugar do nome do falecido(a), e autor(a) da herança, nos termos de um inventário.

Distrital de Dakar, o juiz aplicou a lei muçulmana em 708 julgamentos, isto é, em 84,08% dos casos⁵¹. Nossa análise qualitativa da contagem dos dossiês assim como as entrevistas com os magistrados e os advogados nos permitiram consolidar essa hipótese, destacando como as sucessões da lei islâmica tornaram o direito comum oficioso. Na verdade, os magistrados geralmente optam por uma interpretação ampla da noção de comportamento contida no artigo 571 para justificar a aplicação quase sistemática da lei muçulmana. A exceção se tornou a regra, alguns praticantes do direito chegaram a confundir lícito e legal. Um notário nos explicou que ele sugeriu aos seus clientes para notificar por escrito a devolução testamentária que desejavam se eles não quisessem ver a lei comum aplicada a eles, isto é, o "direito muçulmano". Esta confusão reflete uma realidade: o direito comum é verdadeiramente subutilizado, especialmente porque muitas das propriedades têm realmente um compartilhamento prévio, aprovado pelo juiz em um segundo tempo. Esses acordos geralmente seguem as regras da norma religiosa tradicionalmente aplicada e que, ao contrário da lei muçulmana definida pelo CF, permite a exclusão de crianças naturais da propriedade. O juiz os validam, no entanto, para finalizar uma situação de indivisão⁵².

Em Marrocos, há também uma lacuna entre o espírito da lei e a jurisprudência sobre os casos de casamento. O juiz sozinho está em posição de decidir concedendo ou não uma autorização que permita o casamento do(a) menor antes da idade legal de 18 (artigo 20). Agora, a exceção tornou-se a regra como atesta as estatísticas do Ministério da Justiça⁵³. Em 2005, registrou-se um aumento de 8,9% dos casamentos dos (as) menores, que subiu para 9,7% em 2006.

No mesmo ano, apenas 10% dos pedidos de isenção estavam sujeitos a recusa, apesar do fato de que 40% deles terem sido o objeto de uma pesquisa social e 60% de pesquisa de especialidade médica. Diante das muitas críticas que emanam da sociedade civil, o Ministério da Justiça tenta relativizar a importância das autorizações, enfatizando sobre a idade dos menores em questão. Em 2006, 23% das meninas casadas antes da idade legal atingiram sua maioria no ano civil do casamento, 44% tinham mais de 16 anos e os menores de 15 anos representavam menos de 9% do total⁵⁴. Em sua pesquisa de 2006, a Liga dos Direitos Democráticos das Mulheres (LDDF) observou, no entanto, que a variação entre os tribunais poderia ser importante, o Tribunal de Mohammedia tinha, por exemplo registrado no ano 7 casamentos de menores de 14 anos. As estatísticas de 2009 também mostram que a proporção de pedidos admitidos permaneceu constante (90,7%), assim como a proporção de casamentos sem dispensa versus o com

⁵¹ CHALAK, Rama. "A opção da legislação no direito das sucessões *ab intestat* no Senegal". Memoire DEA d'études africaines. Paris I, 2000.

⁵² N'DIAYE, Marième. "Ambiguidades do secularismo senegalês: a referência à lei islâmica". In: DUPRET, B. (org). A sharia hoje. Usos da referência à lei islâmica. op. cit., p. 209-222.

⁵³ Os números são retirados da Estatística relativas as atividades das seções de justiça da família (2006, 2008 e 2009), elaborados à partir dos dados coletados de 66 seções da família.

⁵⁴ "O código marroquino da família vítima do seu sucesso", Nota da Embaixada da França no Marrocos, 28 de fevereiro de 2007.

dispensa entre 2007 (66,03% vs. 10,03%) e 2009 (66,16% vs. 10,58%), o que põe em causa a capacidade do direito comum (que fez do casamento maioritário a norma) para desempenhar o seu papel de atração.

A exceção também tende a se tornar a regra relativa às autorizações de poligamia, que deveriam ser emitidas apenas em circunstâncias excepcionais. Após seis anos de aplicação, o balanço tende a enfatizar que as autorizações são obtidas com bastante facilidade (43,2% das demandas aceitas em 2006). Para colocar esses números em perspectiva, o Ministério da Justiça insiste no caráter minoritário das uniões polígamas que representam entre 0,27% e 0,31% do total dos casamentos entre 2006 e 2009. No entanto, as estatísticas oficiais não distinguem, no contexto o procedimento de reconhecimento do casamento⁵⁵, entre as primeiras uniões e as uniões polígamas, enquanto que os homens utilizam extensivamente esse recurso para validar um segundo casamento. No Senegal, como em Marrocos, a jurisprudência tende a afastar-se da intenção do legislador e reflete uma atitude conservadora dos magistrados.

Os juízes: um conservadorismo sob pretensão de pragmatismo

Quando nos perguntamos sobre as decisões jurisprudenciais que fazem o debate, a maioria dos magistrados defendeu seu dever de responsabilidade que resulta em uma atitude descrita como pragmática ou realista. Tanto o Senegal como o Marrocos, enfatizam a natureza avançada da legislação com relação a mentalidades e a certas realidades sociais que eles não podem ignorar. No entanto, as considerações morais e religiosas emergem e permitem entender em parte por que o juiz faz apenas um uso muito limitado do poder de interpretação que lhe é dada pelo legislador.

No Senegal, os casos judiciais de herança remetidos ao tribunal são bastante raros, a ideia é de não ofender os litigantes em suas convicções, de modo a não desencorajar suas ações⁵⁶. Um juiz chegou mesmo a estabelecer modelos de consulta com uma caixa de seleção sobre a escolha de devolução da propriedade. Sua iniciativa foi considerada por alguns de seus colegas como forma de influenciar os herdeiros, mas, para este magistrado, essa abordagem é válida desde que, sem violar a lei, ele permite tomar decisões que sejam compreendidas. A compreensão é entendida aqui no sentido de compreensão das normas religiosas tradicionalmente usadas para assuntos de sucessão. A necessidade de respeitar as crenças religiosas aparece como uma preocupação central para a maioria dos magistrados que geralmente, optaram por levar em consideração a vontade dos herdeiros e não aquela dos falecidos que eles não podem conhecer

⁵⁵ Entre 2004 e 2008, o crescimento geral do número de casamentos e aquele do número de casamentos reconhecidos tardiamente foram contínuos.

⁵⁶ Nossos comentários são baseados nos resultados de nossa pesquisa de campo, incluindo cerca de vinte entrevistas, com magistrados em Dakar e região; nas observações das audiências; na recapitulação da jurisprudência e na elaboração das estatísticas sobre o casamento no principal centro de registro civil de Dakar.

com certeza. No entanto, vários advogados denunciam uma atitude de juízes favoráveis à aplicação da lei muçulmana, inclusive quando há desacordo entre os herdeiros sobre este assunto. Neste tipo de conflito jurídico, sujeito a longos e complexos procedimentos, os magistrados "relutam enquanto muçulmanos em não aplicar o regime da lei muçulmana para as pessoas de fé muçulmana"⁵⁷. Isso emerge nas entrevistas com os juízes que consideram a questão do referencial religioso, mas que supostamente deveria ser apenas opcional. Então, quando eles são convidados a opinar sobre uma possível reforma da lei em um sentido mais igualitário, a maioria se opõe a isso. Alguns mencionam diretamente suas divergências culturais e religiosas sobre a questão: "Isso depende do significado da igualdade. Na lei muçulmana, não é visto assim. Fora do contexto muçulmano sim. Mas na lei muçulmana, é planejado como em Gênesis"⁵⁸.

Essa atitude conservadora é, portanto, mais e mais frequentemente assumida. Esta evolução deve-se principalmente ao questionamento gradual do quadro normativo constituído pela ideologia da modernidade. Durante os primeiros anos de aplicação do código, ele permaneceu amplamente dominante no seio dos corpos componentes do aparelho estatal. Hoje, os magistrados têm uma relação mais ambivalente com as normas sociais existentes e o projeto de padronização da lei moderna, o que ajuda a entender por que eles julgam mais de acordo com as realidades sociais do que de acordo com a norma legal inspirada na ideologia da modernidade⁵⁹.

Em Marrocos, o caráter conservador do discurso dos juízes também é expresso em parte, sob a preocupação do realismo. No entanto, a lei muçulmana permaneceu a referência central do NCF, as considerações morais ou religiosas dos magistrados se expressam de forma mais explícita do que no Senegal.

No que diz respeito ao casamento de menores, vários juízes apontam em particular uma jurisprudência significativamente diferente dependendo se o pedido foi enviado para um tribunal urbano ou rural: "Nas áreas rurais, o peso dos costumes e tradições é muito forte. Uma garota solteira não é boa para a família. Então, o juiz é menos exigente e concede derrogações com a idade de 14 ou 15 anos"⁶⁰. Todos os juízes entrevistados também destacam suas estratégias para contornar os litigantes que os substituem frente a um dilema conforme percebe-se na citação a seguir: "Eu tive o caso de uma garota de 14 anos grávida de seis meses. O casamento foi organizado pelas famílias. Qual solução adotar? (...) Neste

⁵⁷ Entrevista com um advogado, Dakar, 2008.

⁵⁸ Entrevista com um juiz, Dakar, 2008.

⁵⁹ O levantamento dos magistrados visava complementar a análise da jurisprudência para avaliar melhor a ligação entre "as disposições culturais e o sistema de valores do juiz e a direção que pode tomar a opinião judicial na aplicação (...) de um sistema jurídico como um todo". MOUAQIT, M. **O ideal igualitário feminino no trabalho em Marrocos. Feminismo, Islã (mismo), Secularismo**. Paris: L'Harmattan, 2008.

⁶⁰ Entrevista com um juiz, Casablanca, 2010.

caso, prefiro que haja um ato (...). O juiz deve preservar o interesse da mulher e da criança"⁶¹. Se muitos magistrados evocam os problemas relacionados à pobreza e suas consequências, alguns juízes não hesitam em dar um significado moral às autorizações concedidas, apontando que esta é uma maneira de evitar escândalos de moral relacionados a uma vida sexual fora do casamento⁶².

Encontramos dessa maneira o juiz que se situa "entre o moralismo e o legalismo"⁶³ quando se trata da autorização da poligamia. Quanto ao casamento de menores, os juízes referem-se às situações em que se deparam com os litigantes que os colocaram na frente do fato consumado: "Por exemplo, se o casal tem uma criança, para proteger os interesses desta criança nascida fora do casamento, então o casal pode fazer uma confirmação de casamento"⁶⁴. Fora dessas circunstâncias excepcionais, os juízes reconhecem que demonstram alguma flexibilidade em relação aos critérios solicitados, a maioria dentre eles se contenta em exigir a prova de que o homem pode sustentar igualmente às necessidades de suas duas casas. Para legitimar sua posição, eles não hesitam em usar o argumento religioso de que a poligamia é um direito reconhecido para o homem pelo Alcorão.

A considerável margem de manobra deixada aos magistrados abre teoricamente o caminho para muitas interpretações da lei. Na verdade, é uma leitura conservadora que se impõe em detrimento da orientação modernista proposta pelo legislador, mesmo que permaneça no âmbito da lei como definido pelo estado. Em contraste, as atitudes de ignorância ou de evasão dos arguidos pelos litigantes prejudicam a legitimidade de uma lei estatal que se encontra fora do jogo.

A lei islâmica, referência central, até mesmo exclusiva, das populações

Uma lei da família amplamente ignorada pelas populações

No Senegal, o processo de marginalização da lei no dia a dia das pessoas destaca-se claramente quando alguém se interessa pelo casamento. Os números nos têm dado provas disso. Em 2000, apenas 22% dos 649 centros de registro civil procederam ao registro de casamentos⁶⁵. As conclusões da pesquisa sobre os casamentos e divórcios em Dakar liderados por F. Bineta Dial⁶⁶ agravam essa descoberta: não só o

⁶¹ Entrevista com um juiz, Casablanca, 2010.

⁶² A autorização obtida pelo Ministério da Justiça nos permitiu reunir apenas alguns magistrados destacados para o ministério. No entanto, pudemos entrevistar os juízes do assento (sob a capa do anonimato) e confrontar os discursos oficiais e não oficiais sobre as dificuldades relacionadas à aplicação do NCF.

⁶³ MOUAQIT, M. **O ideal igualitário feminino no trabalho em Marrocos. Feminismo, Islã (mismo), Secularismo.** op. cit., p. 198.

⁶⁴ Entrevista, Casablanca, 2010.

⁶⁵ **Exploração das estatísticas do estado civil em 2001**, Ministério da Economia e Finanças, Dakar, 2003.

⁶⁶ DIAL, Fatou Bineta. **Casamento e divórcio em Dakar. Itinerários femininos.** Paris: Karthala, 2008.

número de casamentos celebrados ou constatados era baixo, mas ele regrediu, uma vez que 30% das pessoas nascidas entre 1967 e 1976 teriam tido recursos contra 60% para aqueles nascidos entre 1942 e 1956. Nossa pesquisa no principal centro de registro civil de Dakar nos permitiu mostrar que os casamentos observados e a opção de poligamia ilimitada progrediram de forma constante ao ponto de se tornarem o padrão não oficial⁶⁷. O caráter de incentivo do código falhou porque as tendências inversas são confirmadas: as novas gerações de Dakar não só tinham um relacionamento muito mais distante, ou menos preguiçoso, no registro civil (declínio nos casamentos celebrados), mas também uma concepção de casamento muito mais enraizada nos costumes (aumento muito claro da opção da poligamia).

Além da falta de informação e da interrupção dos centros de registro civil que podem ter um efeito dissuasivo, a falta de recurso para o registro civil parece-nos especialmente motivado pelas possibilidades de contornar o direito que ele abre ou aumenta. De fato, esse não recurso permite várias violações do direito da família: casamento de um(a) menor(es), casamento forçado, violação da opção de monogamia (se um primeiro casamento foi estabelecido em registro civil, por exemplo) ou poligamia (se o número de mulheres casadas for superior a 4) e o repúdio não podem ser prevenidos ou sancionados.

Para o Marrocos, é necessário incluir na análise o período da familiarização para as novas mudanças que geralmente seguem a promulgação da lei. Nós teríamos pensado que a importância do debate sobre o público e a mídia no momento da reforma promoveria sua apropriação. Mas o conhecimento do NCF permaneceu superficial. A pesquisa de K. Mellakh⁶⁸, realizada em áreas urbanas e rurais em 2005, mostra que, enquanto 88% da população pesquisada ouviu falar sobre o texto, há grandes disparidades entre as diferentes categorias: 90% dos urbanos estão conscientes da existência da lei, mas apenas 38% dos urbanos analfabetos; e entre os analfabetos, 44% dos homens nunca ouviram falar sobre o NCF versus 67% mulheres. O conhecimento do conteúdo do NCF tampouco é diferente: quase 57% dos entrevistados não sabem quais pontos jurídicos foram reformados. Além disso, a percepção do código como uma ferramenta que pode ajudar a mudar as condições de vida das mulheres toca apenas 20% da população, dos quais apenas 6% são analfabetos em geral e 2% de mulheres analfabetas em particular, o que reduz consideravelmente sua influência potencial na vida cotidiana das pessoas. Do ponto de vista judicial, a observação vai logicamente na mesma direção. Em 2007, A. Ounnir mostrou que os marroquinos geralmente não são processuais. Das 102 pessoas entrevistadas, 82% reconheceram ter privilegiado outras

⁶⁷ Em 1975, os casamentos celebrados representavam 62,5% das uniões, caindo para 19,3% em relação a 1985. Por outro lado, durante o mesmo período, o número de casamentos aumentou de 37,4% para 75,8%. Em relação às opções, a poligamia ultrapassou os 60% desde 1985.

⁶⁸ MELLAKH, Kamal. "Da Moudawwana ao Novo Código da Família em Marrocos: uma reforma à prova percepções e conhecimentos comuns". In: *The Year of Maghreb II*, 2005-2006, p. 35-54.

vias de resolução dos conflitos - mediação familiar (65%), amigos (25,8%), vizinhos (8,6%) -, o tribunal tendo constituído o último recurso⁶⁹.

No caso de Marrocos, a atitude de evitar o direito pode parecer mais como a tradução de uma desconfiança⁷⁰ em relação a lei que, ao contrário do que aconteceu no Senegal, provocou debates muito acalorados. O debate sobre a reforma ali foi extremamente politizado de forma que, mesmo sem conhecer com precisão o conteúdo das disposições, a população estava bem informada sobre a adoção da nova lei. Podemos, portanto, derivar a hipótese de uma atitude de rejeição mais politizada do que no Senegal, onde outros fatores, como a flexibilidade do texto ou a falta de investimento estatal na administração do registro civil contribuíram para explicar por que as pessoas têm recorrido pouco ao CF.

Por outro lado, a atitude de evasão do direito observado entre as elites políticas e administrativas realmente questiona o significado das reformas, e especialmente a escolha de depreciar a norma islâmica que permanece central na regulação das relações familiares, seja qual for a categoria social em causa.

Uma lei de família ignorada inclusive pelas elites que a apoiaram

Poderíamos pensar que o CF, direito das elites para o povo, constituiria o padrão de referência para estas, ou seja, elas teriam um comportamento de lealdade e de aceitação frente aos procedimentos legais. Contudo, as elites se situam mais numa lógica de acordo com a lei, um comportamento estratégico que consiste em jogar com diferentes tipos de regras a partir do momento em que eles atendem ao interesse pessoal⁷¹. É "o poder de cada um com a lei" e não o "poder da lei" que é procurado⁷². Foi o que encontramos em Senegal e em Marrocos, onde a lei estatal é um dos muitos recursos para as elites, incluindo as mulheres. No entanto, se retomarmos as medidas principais dos dois textos, pode-se presumir que eles beneficiam essencialmente uma certa categoria de mulheres, educadas, inseridas no mundo do trabalho e num ambiente urbano. Estas geralmente são as que potencialmente são mais capazes de conhecer seus direitos. Para ambos os países, podemos destacar, graças as entrevistas com os profissionais da justiça, por um lado, um comportamento muito mais ambivalente dessas mulheres em relação ao direito da família, e por outro lado, a relação estratégica que mantem com a lei as elites sociais e políticas.

⁶⁹ OUNNIR, Abdellah. "Os litigantes no circuito judicial relativo ao litígio da família". In: BENRADI, Malika (org). **O código da família em Marrocos. Percepções e práticas judiciais**. Rabat: Éditions Fondation Friedrich-Ebert, 2007, p. 89-140.

⁷⁰ Em 2010, um estudo do jornal marroquino L'Économiste destacou a persistência das divisões relativas a reforma. Se as mulheres eram 60% a considerar que o NCF tinha produzido bons resultados, apenas 47% dos homens iam na mesma direção. Os jovens tiveram tendências conservadoras com mais de 50% das opiniões desfavoráveis.

⁷¹ EWICK, Patrick e SILBEY, Suzanne. **"Conformidade, contestação e resistência: uma conta da consciência legal"**. In: New England Law Review, 26, 1992, p. 731-749.

⁷² PELISSE, Julien. **"Estamos cientes da lei? Em torno dos estudos de consciência legal"**. In: Genesis, 59 (2), 2005, p. 114-130.

Em ambientes favoráveis, as mulheres não fazem necessariamente fazer valer seus direitos e permanecem em uma atitude mais tradicional.

No Senegal, algumas juristas militantes estão elas mesmas engajadas nas uniões poligâmicas, o que provoca julgamentos hostis de alguns profissionais do direito contra elas: "Todas essas mulheres, se você as segue com uma câmera escondida, você verá que em suas vidas privadas elas são a manifestação concreta da mulher mais tradicional do Senegal"⁷³.

No Marrocos, algumas reformas não são unânimes entre as mulheres das categorias sociais mais favorecidas: "Em nossa sociedade marroquina, poucas garotas recorrem ao casamento sem a presença do pai ou dos avós porque é mal visto. Mesmo entre as mulheres, temos essa relutância (...). Isso significa que, em algum lugar, ainda não digerimos essas disposições"⁷⁴. Essas reservas contra a abolição da tutela compulsória aparecem confirmadas pela pesquisa do Escritório do Alto Comissário para o Planejamento (2006), que revelou que 71% dos homens e 75% das mulheres são contra o casamento sem tutor. A elite, portanto, não desempenha necessariamente o papel principal que lhe é conferido, isso permite compreender em parte a eficácia variável do NCF. É isso que tendem a mostrar os resultados da pesquisa de N. Harrami⁷⁵ sobre os valores da juventude marroquina que estabelecem uma posição mais desvalorizada na escala social que leva a uma maior contestação do modelo tradicional do que dos privilégios que tendem a se reproduzir.

Se expandimos o foco para toda a elite social e política, a observação é similar. Por exemplo, o recurso à instituição judiciária e/ou registro civil não é sistemático.

No Senegal, vários juízes deploram o fato de que os procedimentos de reconhecimento tardios do casamento ou do nascimento se referem as categorias de pessoas muito mais diversificadas do que se poderia pensar: "Se você soubesse o quanto dos julgamentos de autorização que tive de fazer com os intelectuais, os ministros, os advogados ... quantos?"⁷⁶. O não respeito ou a negligência do registro civil são encontrados mesmo entre os profissionais do direito: "Isso aconteceu comigo no meu gabinete de receber um advogado que veio me pedir um julgamento de autorização de registro de nascimento para seu filho que deveria ir à escola"⁷⁷. Mais revelador ainda são os testemunhos sobre a violação do direito por estas mesmas pessoas, que vão por exemplo procurar se arranjar com os juízes para validar um quinto

⁷³ Entrevista, Dakar, 2007.

⁷⁴ Entrevista com um advogado, ativista dos direitos das mulheres, Rabat, 2008.

⁷⁵ HARRAMI, Nourredine. "O poder das mulheres e a sua representação na sociedade marroquina". In: Afkar/idéias, 7, 2005, p. 48-49.

⁷⁶ Entrevista, Dakar, 2008.

⁷⁷ Entrevista, Dakar, 2008.

casamento, exemplo que também atesta a de uma poligamia mundana que vai contra o incentivo à monogamia encontrado no código⁷⁸.

No Marrocos, não se beneficiando do acesso a um terreno privilegiado, não pudemos estabelecer se esse tipo de situação estava comprovada. No entanto, este jogo com o direito é bem presente e pode constituir uma estratégia assumida e reivindicada dentro de um grupo como o Partido da Justiça e do Desenvolvimento. Então, como nos disse um advogado, um dos seus pares conhecido por seu envolvimento no partido islâmico, fez um grande barulho no tribunal porque ele havia pedido uma autorização de poligamia com suas duas co-esposas que vieram apoiá-lo.

Em ambos os países, a atitude ambígua das elites em relação à lei confirma a hipótese de uma reforma do direito da família que visava principalmente permitir ao Estado de assumir o controle dos enquadramentos e dos processos. Na realidade, o projeto de dominação estatal prevaleceu sobre o sucesso de um projeto social com base na igualdade de gênero. Portanto, deste ponto de vista, o fraco grau da eficácia da lei não invalida necessariamente a capacidade do Estado de se estabelecer como produtor do direito. Além das condições sociais de sua eficácia, o formalismo legal tem sua própria força através da "operação de ordenação simbólica" que ele opera⁷⁹.

Em nome da modernização e/ou desenvolvimento, os Estados senegalês e marroquino empreenderam uma reforma do direito familiar, através da qual eles pretendiam afirmar seu monopólio sobre a produção do padrão legal num contexto de pluralismo normativo. Em ambos os casos, o lugar da norma religiosa foi reduzido ou mesmo marginalizado. No entanto, as dificuldades encontradas pelos dois Estados para impor uma nova ordem social através do direito foram numerosas. Se a lei realmente transformou o significado dado à norma religiosa no nível legal, essa codificação teve apenas um pequeno efeito na sociedade. A jurisprudência conservadora e o relacionamento distante das pessoas com a lei da família atestam a resiliência de uma norma islâmica que não está em conformidade com os padrões de modernização do legislador. A comparação, no entanto, permite mostrar uma maior margem de manobra da monarquia alauita que tem uma verdadeira legitimidade religiosa e, portanto, uma maior capacidade de se afirmar como produtora da norma legítima e árbitro de um debate social sensível.

⁷⁸ A poligamia mundana reflete igualmente o apego às normas tradicionais em vez de uma norma islâmica que enquadra mais estritamente a poligamia.

⁷⁹ BOURDIEU, Pierre. "Habitus, código e codificação". In: Proceedings of Social Science Research, 64, 1986, p. 41-43.